DISPVTATIO IVRIDICA DE LIBELLO IN ACTIONE HYPOTHECARIA RITE FORMANDO

Germanice:

Von dem Klag-Schreiben, wie solches in der Hypothecarien-Klage einzurichten sey.

QVAM
CONSENSV ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA LIPSIENSI
DEFENDENT

PRAESES
D. IOH. FLORENS RIVINVS
ET
RESPONDENS
M. IOH. FRID. HOECKNERVS.

AD DIEM 17. IVN. MDCCVI.

IENAE, TYPIS MARGGRAFIANIS, 1740.

6.





INcidit non ita pridem in manus nostras, Disputatio, *de Libello Alternativo in Actione Hypothecaria admittendo, Praeside* DN. SIMONE HENRICO MUSAEO, INSTITUTIONUM *nec non* IURIS NATURAE & GENTIUM PROFESSORE PUBLICO *Kiloni habito*; In cujus perlectione valde mirati sumus intemperantiam calami, quem in illos, qui in Actione Hypothecaria, juxta ejus naturam atque indolem, libellum alternative concipiendum non esse statuunt, inconsiderate nimis stringit Author, dum horum rationes pro cœco quodam tabulariæ instinctu habet, easque prima saltem specie momentosas ac subtiles, reapse vero crassas, judicat. Ceterum cum in Academiis sancta semper ac salva debeat esse dissentiendi libertas, nec ægre ferendus, qui sine præconcepta opinione, solo veritatis amore, momenta quæstionum, quæ in utramque partem allegari solent, modeste perscrutatur; Integrum & nobis erit, controversiæ hujus fundamenta, secundum genuinum Juris Civilis æque ac Canonici intellectum sub examinis incudem revocare, ut postmodum appareat, cui maxime opinioni sit subscribendum: In eo amice cum Authore *de Disp. §. 6.* conspirantes, quod solida Theoria & Praxis incorrupta, hic nulla inter se pugna committi debeant. Ratos jubeat Divina Clementia conatus nostros!

Th. I.

Alternativum libellum, ob incertitudinem, & obscuritatem, quam inducit, in judiciis non esse admittendum, constans atque perpetua ICtorum ex *L. 7. §. 4. ff. de Injur.* est

opinio

opinio. Verum cum hæc ratio adæquata tantummodo sit, quando alternatio factum respicit, quod certum dicere debet ac potest Actor, WOLF. ADAM LAUTERBACH *in colleg. Theor. Pract. Tit. de Edendo th. 22.* non etiam si petitum libelli alterne informatum; Inde causa rejectionis tunc quærenda potius erit, in ejus ineptitudine, si non rite petatur juxat naturam Actionis institutæ B. CARPZOV. *in Process. Tit. 6. art. I. n. 39.* quamvis vel maxime nullam pariat obscuritatem aut incertitudinem, sed judex certam ferre sententiam possit, non obstante petiti alternatione.

II.

Talis libellus quoad petitum Alternativus, an locum inveniat in Actione Hypothecaria, sub qua non quasi Servianam saltem, quæ ita specialiter salutatur *§. 7. & 31. J. de Action.* sed etiam Servianam intelligimus; quarum illa locator prædii rustici de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercibus fundi ipsi tenentur, hac vero quilibet Creditor de rebus oppignoratis contra quemcunque possessorem experitur, haud leviter inter Doctores disceptatur. Affirmativam tueri fatagit Author dictæ disputationis; sed negativam legibus ac firmissimis rationibus esse innixam, nec non in foro receptam ex subsequentibus constabit.

III.

Ne vero Andabatarum more pugnam ineamus, pro rite formando controversiæ statu Tria præmittimus. Primum: Litem non esse decumulata actione reali cum personali, ubi alternative, ut Reus vel debitum solvat, vel pignus actori, donec ipsi satisfactum, exhibeat, peti posse, ultro concedimus. Hæc cumulatio commode fit contra ipsum Debitorem, intuitu cujus cum duplex concurrat obligatio, una quidem personalis, ex præcedente ipsius contractu, altera Realis, quæ ex jure pignoris constituto provenit, *L. 24. C. de Pignor. & Hypoth.* non potest non duplex quoque produci actio, ubi in arbitrio Creditoris erit, an sola personali experiri,

periri, & si ea electa suum plene non fuerit consecutus, realem intentare, DAVID MEV. *P. 8. Dec. 189.* aut hanc cum illa, in uno eodemque libello cumulare velit. Textus est expressus in *Novell. IV. c. 2.* verb. *contra principales tamen & existentes apud eos res sive personalibus, sive hypothecariis, mox sive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam:* Quid vero duarum actionam conjunctione opus esset, si ex natura solius hypothecariæ reus alternative condemnari posset? Videantur de hac cumulatione DYNVS MVXELLANVS *in Reg. Jur. Pontif 20. n. 16. & 23.* BARTOL. *ad d. Nov. n. 11. & ad L. 16. ff. de Exception. n. 3. & L. 3. C. de Edendo n. 18.* BALDVS *in L. 14. C. de Oblig. & Action.* IOH. PETR. DE FERRARIIS *in Practica Tit. de forma libelli in Actione Hypothecar. fol. 375. & 389.* NICOL. DE SPINELIS *ad §. Item Serviana J. de Action. verf. Quaero ulterius.* IOH. MARIA RIMENALDVS *ad d. l. 3. C. de Edend.* LVDOVIC. BOLOGNINVS *in Interpretationibus Juris novis, editis Bononiæ An. 1495. ad Tit. ff. de distract. pignor.* qui allegat ALEXANDR. DE IMOLA *vol. 5. consil. 100.* eumque sequitur IOH. FRANC. RIPA *ad Rubr. ff. de Pignor. & Hypoth. n. 17.* IOAN. SICHARD. *ad L. 24. C. de Pignor. 1.* GVIDO PAPA *Decis. Grationop. quæst. 108. & ad eam* P. MATTHAEI & STEPHAN. RANCHINVS. NICOL. BOERIVS *Decis. 334.* & plures Dd. ab ipso allegati. ANTON NEGVSANT. *de Pignor. & Hypoth. part. 8. m. 2. n. 6.* IOACH. MYNSINGER *cent. I. Obs. 58.* ANDR. GAILIVS *L. 2. obs. 26. n. 4.* IOH. ZANGER *de Exception. part. 2. cap. 19. n. 29.* IOH. OLDENDORP. *de Action. Class. 3. act. 10. affin remed. 3.* ILICO VMMIVS *ad Process. Disp. 6. th. 15. n. 71.* CAMILLVS BORELLVS *Decis. tit. 49. n. 83.* WILHELM LVDWELL *ad §. 7. J. de Action. n. 9.* MERCVR. MERLINVS *de pignor. & Hypoth. lib. 5. tit. 2. quæst. 60. n. 1.* B. CARPZOV. *Lib. 2. resp. 53. n. 35.* LAVTERBACH *in col. leg. ad ff. tit de pign. & hypoth. th. 76.* ANTON. MARIA BERTOLVS ad Nomium Acostan *de Privileg. Credit. Part. 2. artic. 5.*

n. 12. CHRISTIAN. LANGE *Isag. ad Process. Jur. cap. 34. n. 164.* BURCHARD. BARDILI *Concl. Forens. Exercit. 39. th. 23.* IOACH. CHRISTIAN KOCH *in Prax. Forens. Germ. p. 207.* Ex qua cumulatione, non potest non prodire petitum libelli alternativum. Et tale admiserunt Dn. Scabini Lipsienses M. Februar. 1690. in causa Veit Vogels contra Catharinen Arnoldin ad Prætorium Annabergense: Nec non M. Septembr. 1702. in causa Daniel Adams, contra Annen Marien Kraußin, an das Ober-Auffseher-Amt zu Eißleben. Ubi in rationibus decidendi: Obwohl angeführet werden möchte, daß das Libell nicht bestehen könne, in Betrachtung darinnen alternative entweder auf Bezahlung derer geklagten Forderungen, oder Abtretung derer dafür verhypothecarirten Grundstücken gebeten. D. a. d. Actio hypothecaria und personalis contra debitorem gar wohl in einem libello cumuliret werden können. So ist von uns gesprochener massen billig erkannt. vide DN. RIVIN. *ad Ord. Process. Saxon. Tit. V. Enunc. 35.*

IV.

Eadem ratio est in Debitoris Heredibus, siquidem contra hos quoque actionem & personalem & realem, si detinent res pignoris jure obligatas, competere ex *L. 2. C. si unus ex plurib. hered.* elucescit. Et personalis quidem, quia heres una eademque persona cum defuncto dicitur *Nov. 48. in præf.* BLAS. ROBLES SALZEDO *de præsent. Lib. I. c. 2. n. 3. & Lib. 2. c. 2. n. 3.* eumque repræsentat *Decis. Rot. Roman. 41. annexa Acostæ Tract. de Privil. Credit. n. 16.* Realis vero, quod rem possideat, FRANCISC. BALDVINUS *de pignor. & Hypothec. cap. 14.* Idque procedit absque discrimine; sive sit constituta expressa, sive tacita hypotheca. IOH. BAPTIST. COCCINUS *Decis. Rot. Roman. 1507. n. 61.* IOACH. SCAYNUS *Decis. Rota Bononiens. 41. n. 2.*

V. Hæc

V.

HAec cumulatio tamen incongrua erit, si unus saltem ex pluribus heredibus in specie conveniatur a creditore in solidum, ut aut solvat debitum, aut tradat predium, quod in divisione bonorum adeptus erat. Cum enim intuitu actionis personalis nomina sint ipso jure divisa, ita ut quilibet heredum non nisi pro sua, quam in hereditate habet, portione condemnari possit. *L. 1. C. si certum petat.* Econtra pignoris causa sit individua, *L. 65. ff. de Eviction. L. 1. & 2. C. si unus ex plurib. hered.* IOH. OTTO TABOR. *Relat. Argent. 65. n. 8.* GEORG FRANZKIUS *Lib. I. Resol. 12. n. 66.* CARL. DE MEAN *ad Jus Civil. Leodiens. observat. 213. n. 4.* DN. IOH. HEINRIC. BERGER. *in Elect. Discept. Forens. Tit 5. obs. 9.* ita ut creditor unius rei oppignoratae possessorem in solidum convenire possit, licet plura bona oppignorata a diversis possideantur. PETR. PHILIP. CORNEUS *vol. 3. Conf. 237. n. 3.* nec amittat actionem ob integrum debitum continuatam, licet alter correorum ob desertionem probationis fuerit absolutus DN. BERGER. *l. c. p. 169.* nec etiam cogi queat a pluribus possessoribus per partes suum consequi, MAR. GIURBA, *observ. 94. n. 3.* nec ipsi in hypothecaria, Exceptio plurium litis Consortium cum effectu objici MEV. *part. 7. Decis. 402.* DN. RIVINUS *in specim. Except. cap. 9. n. 8.* Quin potius pluribus in actione hypothecaria condemnatis, quilibet etiam teneatur in solidum, adeo ut licet unus solvat suam debiti partem, non tamen absolvatur, CARL. RUBEUS DE BUXETO *in Tract. de Confusione Jur. defunct. & hered. cap. 3. §. 1. n. 276.* ANTON. FABER *in Rational. ad L. 8. §. 2. ff. de pign. act.* nisi consentiente actore. Inde ignorantiam proderet suam advocatus, qui integram debiti solutionem intendens personalem & hypothecariam uno libello conjungere auderet. Exceptio est in causa Legati, ubi hypotheca est divisibilis, ex speciali Juris dispositione in *L. 1. C. commun. de Legat.* IACOB MENOCHIUS *conf. 1052. n. 7.* IOH. BRUNNEMAN.

cent.

cent. I. Decis. 44. COCCINUS *Decis. Rot. Roman. 1452. n. 9.* IOH. a SANDE *Decis Frisic Lib. 3. Tit. 12. def. 23.* Beat. BARTH. LEONHARD. SVENDENDORFFER, (quem superiori anno vivis ereptum ipsa Themis luget) *de actione successor. artic. 4. §. 7. pag. 220.*

VI.

SEt & alii emergere possunt casus, quibus ne quidem contra Debitorem ejusve heredes personalis cum hypothecaria cumulari, adeoque alterne petitum informari poterit. Quidsi enim possessor hereditatem adire nolit, aut aliter constet, eundem non esse heredem PAVL. CASTRENSIS *cons. 447.* Quidsi pluribus existentibus heredibus solvat ratam debiti, qui possidet hypothecam? IACOBO CVIACIVS *Lib. 5. obs. 32.* Quidsi Creditor non iniquitate causae, sed culpa sua, actione personali instituta, litem amiserit, forte, quia non rite formavit libellum, vel judicium, non ut par erat, observavit. *Idem in Paratitl. Codic. de Luition. pignor.* DIONYS. GOTHOFRED *ad L. 2. C. de Luition. pignor lit. d.* PAVL. BVSIVS ad L. I. §. *cum praedium ff. de pignor. & hypothec. n. 6. seq.* AMAD. ECKOLT *in compend. ff. tractat. tit. quib. mod. pign. §. 2. n. 2.* Quidsi actioni personali jam jam praescriptum. Certum siquidem est, quod quamvis pereat actio personalis triginta annorum spatio *l. 3. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* maneat tamen hypothecaria *l. 2. C. de Luit. pignor.* ibique, GOTHOFR. *lit. e.* ad quadraginta annos, contra debitorem ejusve heredes *l. 7. §. 1. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* BALDVS *Vol. 3. cons. 4.* NICOL. VIGELIVS. *in Method. Jur. Civil pars 5. tit. 17. cap. 12. n. 60.* IOAN CROTVS *Repetit. in cap. cum tamen X. de. Usur. n. 32.* NICOL. EVERHARD *cons. 6. n. 29.* IAC. CANGERIVS *var. Resolut. part 3. cap. 1. n. 205.* PETR. GILCKENIVS *de Usu cap. part. I. cap. 4. n. 19.* IOH. IACOB. WISSENBACH *ad ff. Disp. 40. lib. 20. n. 35.* Quod nulla ratione a Justiniano con-

constitutum ait BERTRAND ARGENTRAEUS *in Consuet. Britannia artic. 273. cap. de hypoth. præscript n. 20.* Cautus proinde causarum Patronus, antequam pro consequendo Clientis debito formet libellum, sedulo disquirat, an forte actioni personali obstet tricennalis præscriptionis Exceptio, quo si nondum quadraginta anni præterlapsi, hypothecaria Principali creditum in salvo conservare possit. HUBERTI siquidem GIPHANII opinio *ad l. 2. C. de Luitione pignoris* quam recitat WISSENBACH *l. c.* nempe quod regulariter 30. annis finiatur actio personalis, hoc vero casu hypothecariæ quoad durationem sit exequata, vix ac ne vix quidem, utpote lege destituta, applausum invenit. Multominus HUGONIS DONELLI, qui vim textui infert. *in Comment. ad d. L. 2.* atque particulam NON intrudit, ac putat *l. 7. §. 1. C. de præscript 30. vel 40. annor.* accipiendam solum esse de eo casu ubi prius personali actum est, aut debitor debitum denuo agnovit. Communem doctrinam, hypothecariam per decem annos ultra personalem durare, secutus est Senatus Appellationum Dresdensis in causa Haubold Heinrichs von Starschedel, contra August Döringen, licet enim Actor hypothecæ constitutæ & a reo possessæ mentionem injiceret, quoniam tamen petitum saltem ad condemnationem salutionis crediti dirigeret, Reus ad propositam actionem Respondere haud tenebatur *Termino æstivo 1676* ubi in Protocollo: Weil hier nur de præscriptione tricennali die Frage, indem Kläger nicht eigentlich actionem hypothecariam angestellet. Ob er wohl der hypothec und dero Besitzer gedencket, so hat er doch nicht insonderheit ihm in die hypothec zu verhelffen gebethen, sonsten ihm mit der Quadragenaria noch wäre zu helffen gewesen. Paria quoque fato expertus *Anno subsequenti Termino Trinitatis* D. W. C. M. contra Lib. Baron de Rechenberg: Daß Bekl. auf die Klage sich einzulassen nicht schuldig; Es könte und wolte denn Kl. die Interruptionem præ-

B scripti-

scriptionis besser als geschehen, beybringen 2c. Quæ sententia, quamvis actor per modum leuterationis urgeret, hypothecariam non nisi 40. annis finiri, qui ab Anno 1645. usque 1677. nondum præteriti essent *Termino Martini*, eo quod petitum tenderet non ad immissionem in rem oppignoratam, sed ad condemnationem personalem, confirmata fuit.

VII.

DVbitari quidem posset, an hæc iure Saxonico obtineant, cum per *artic. 29. lib. I. LandR.* duæ tantum expressæ reperiantur præscriptionum species; Annalis & Tricennalis cum additamento saxonico, quibus omnia iura & actiones terminantur; Verum enim vero per hanc Iuris Saxonici dispositionem, non sunt sublatæ singulares illæ præscriptiones, Iure civili excogitatæ & inventæ. CARPZ. *lib. 1. Resp. 35. num. 12. seq.* MATH. BERLICH. *Concl. 8. part. 2. num. 18. seq.* Inde Dn. Scabini Lipsienses M. Decembr. 1668. a Ioh. Sigemund. Neumanno consulti, sequentem in modum versus Dresdam de Iure responderunt: Wollet ihr berichtet seyn, ob die Actio Hypothecaria, contra ipsum debitorem vel eius heredes de Iure Saxonico, und in diesem Lande durch Verfliessung 31. Jahr 6. Wochen 3. Tage oder aber nach Verlauff 40. Jahren præscribiret werde. Ob nun wohl nach Sachsen-Recht alle Schulden nach Verlauff 31. Jahr 6. Wochen und 3. Tage præscribiret werden. D. a. d. in Rechten und zwar in *L. 7. §. quamobrem 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* dißfalls absonderlich verordnet, daß die Actio Hypothecaria contra Debitorem ipsum & heredem eius, anderer Gestalt nicht, als nach Verlauff 40. Jahren verjähren solle, welche Verjährung denn, so wenig als andere Præscriptiones singulares nach bewährter Rechts-Lehrer Meynung in Sächsischen Rechten aufgehoben. So ist auch die Actio Hypothecaria anderer Gestalt nicht, als nach Verlauff 40. Jahren, wann die Hypothec nicht an den dritten

Besitzer

Besitzer gelanget, sondern annoch bey dem Debitore und dessen Erben zu finden, durch die Præscription aufgehoben V. R. W.

IIX.

PORro quod Fideiussorem pignus possidentem attinet, cum & hic simul personaliter creditori sit obligatus, ita ut actione tam reali quam personali conveniri possit BARTOL. *ad L. 24. C. de pignor. num. 4.* contra eum quoque hypothecariam personali actioni adiungere licebit. Ita factum esse coram Senatu Appellationum Dresdensi *Termino æstivo 1702.* in causa des Churfürstl. Sächsis. Steuer- Procuratoris contra Fr. Marien von Klengel refert. DN. RIVINVS *ad Ordinat. Proc. Sax. l. c.* sicuti econtra Fidejussor actionem personalem mandati contrariam, cum hypothecaria cumulare potest ANTON HERING *de Fideiussoribus cap. 25. n. 152.* ubi responsum Academiæ Aldorffinæ *consil. 104.* in princip. recitat.

IX.

ESt præterea casus, quando etiam contra Tertium possessorem, alternativa petitio proponi potest; si scilicet is, qui fundum hypothecatum a debitore emit, in contractus Instrumento, personalem venditoris obligationem in se suscepit; Cum enim per agnitionem debiti, accedat factum possessoris proprium, quod obligationem producit, eumque verum debitorem constituit, hinc non solum postea creditor solutionem urgere, sed & in uno libello simul immissionem in fundum oppignoratum & quidem in Electoratu Saxoniæ, si omnia libelli capita in continenti per Documenta liquido probari queunt, disponente ita *§. 8. Resol. Gravam. de Anno 1661. Tit.* Von Justitien-Sachen, mediante processu summario petere poterit, si modo initio actionis in promptu sint omnia Documenta, ut editionem eorum petere non opus habeat. Egregie rem illustrat Responsum Dn. Scabinorum Lipsiens. M. Jul. 1689. an Fr. Dorotheen von

Taubenheim Erben zu Kölcka. Hat euer Mutter, Fr. Anna Dorothea von Taubenheim in An. 1682. Fr. Sophien Magdalenen von Altmannshofen 1200. Fl. um Landübliche Verzinsung gegen Verpfändung ihres Ritter-Guths Zschirlen vorgestrecket, und es hat nach ihrem Absterben ihr Lehns-Folger Hanß Ulrich von Altmannshofen besagtes Guth in An. 1687. an Otten von Dießkau verkauffet, welcher obige Schuld-Posti zu bezahlen übernommen; Nachdem er nun seithero keine Richtigkeit getroffen, seyd ihr anitzo wider ihn klagbahr zu werden, die Vollstreckung der Hülffe in das verschriebene Unterpfand zu suchen, und zu dem Ende auf die Haupt-Obligation sub A. zu samt den Churfürstlichen Sächsischen gnädigsten Consens sub B. dann ernannten von Dießkau Kauf-Brieff und Specification der angewiesenen Schulden sub C. & D. auch ein Schreiben, darinnen er um Stundung angesuchet sub E. euch zu beziehen und deren Recognition zu fordern gesonnen. O. N. W. Alle facta libelli aus angezogenen Documenten zu erhärten, in welchem Fall auch in Hypothecaria actione schlechter dinges auf Recognition der Documenten geklaget werden kan, aus denen Uhrkunden sub C. & D. auch, daß der von Dießkau personaliter obligiret, zu erkennen, also das Petitum dergestalt wie in dem beygelegten Libell sub fig. C. geschehen, wohl eingerichtet werden mögen. D. a. d. eurem Berichte nach, ihr die Uhrkunden sub C. & D. nicht in Händen habt, derer Documenten Edition hingegen nur in Processu Ordinario bey dem Beweiß gesuchet werden kan, diese beyde auch zwischen euch und den von Dießkau nicht aufgerichtet, diesemnach pro communibus nicht zu achten, und der Bekl. sie zu ediren nicht gehalten; Hiernechst aus dem Document sub E. was euch der von Dießkau schuldig, und ob er darinnen von der aus der Obligation sub A. herrührenden Schuld-Forderung rede deutlich nicht zu erkennen; In übrigen aus denen Documenten sub A. u. B. die Richtigkeit der Schuld, und daß solche auf dem Guth Zschirlen unterpfändlich hafftе, gnugsam ersehen, in dergleichen Fällen, und

da

Post specialiter dem Creditori eingesetzet, auch contra Tertium Possessorem, wann er gleich bey Erlangung des Guthes solche Post nicht übernommen, actione hypothecaria so fort und ohne vorhergehende Excussion wider den Schuldner selbsten, verfahren werden kan. So hat zwar die Klage sub C. wider den von Dießkau dergestalt, wie sie anbracht, nicht statt, im Fall aber unläugbahr, daß ernannter von Dießkau Zschirlen besitzet, ist euch actionem hypothecariam wider ihn anzustellen, und nur der bey den Documenten sub A.& B. Recognition, und daß nach deren Erfolg, Bekl. zu Abtretung des Unterpfandes, biß ihr wegen des Capitals der 1200. Fl. davon aufgelauffener Interesse und Unkosten vergnüget, angehalten werden möge, zu suchen unbenommen V. R. W. Quodsi igitur deficiat instrumentum venditionis in quo solutionis præstationem in se recepit emtor, satius est solam instituere hypothecariam. Ita Senatus Appellationum in causa George Heinrichs von Lockewin, contra George Carln von Carlwitz, cui summa 3000. fl. in partem pretii imputata erat, instituta summariter actione hypothecaria definitivam ferebat sententiam *Term. Hyemal. 1697.* Daß die producirten Documenta nunmehro pro Recognitis, und Beklagter pro confesso & convicto zu halten, derowegen Er Kläger Principaln das halbe Theil des Ritter-Guths Ilckendorff samt dessen Pertinentien, so lange bis derselbe wegen derer libellirten 3000. Fl. Capital nebenst dem Interesse moræ, und verursachten Unkosten befriediget, als sein ihm verschriebenes Unterpfand abzutreten schuldig, V. R. W.

X.

ALterum quod præmonendi sumus, respicit Tolerantiam libelli Alternativi in actione hypothecaria, non quidem in hunc effectum, ut Iudex in condemnatione petitum actoris sequi debeat, sed potius, ut in eo resecet atque omittat quod incongruum, inutile ac superfluum. Equidem notissimus est Doctorum rigor, qui libellum ineptum, parte etiam non monente ex officio a iudice reiiciendum, dentibusque lace-

randum esse existimant, apud B. CARPZOVIUM *in process. Jur. Tit. 6. art. 1. n. 36.* Secundum quem in causa per octo, & quod excurrit, annos in judicio agitata, & ad finem perducta Reum ab actione hypothecaria alternative formata, absolutum fuisse refert, DN. BERGER *ad d. Tit. V. in supplem. pag. 1770.* Non tamen adeo repugnandum esse videtur, si quis hancce sententionandi duritiem temperandam putet, ut si ab initio litis ineptitudo non animadversa, postea sub finem ejus, multis ac magnis sumtibus impensis, neglecto ejusmodi vitio Judex, de meritis causæ ex actis certus, definitive pro actore pronunciet, prout in genere de ineptis libellis docent ABBAS PANORMITANVS *in cap. Examinata 15. X de Judic. n. 20.* IOH. FICHARDVS *Vol. 2. conf. 31. num. 4. seq.* ARNOLD DE REYGER *ad proc. Judic. Disp. 3. th. 9.* HELER. VLRIC. HVNNIVS *in Encylopad. Jur. part. 2. tit. 9. cap. 2. n. 35.* & Dd ab ipso allegati, VMMIVS *de Disp. VI. th. 15. n. 71.* cum enim ad officium Judicis pertineat, dirimere lites ac præcavere, ne una ex altera feratur, *L. 11. C. de Reb. Credit.* Et quæ in rem præsentem faciunt, retinere, reliqua rejicere CASP. ZIEGLER. *in Dicastic. concl. 44. §. 4.* ac potius superfluitatem tolerare, ut verba nihil operentur, quam inducere iniquitatatem AYMON. CRAVETTA *Conf. 70. num. 29.* qualis vix evitanda si absolvatur, ob petitum ex parte ineptum, reus ab actione, prout ea instituta, & ita actor luat pœnam ignorantiæ ab Advocato proditæ; inde nulli dubitamus quin libellus ejusmodi vitiosus tolerari queat. Imprimis si in fine libelli appositæ clausulæ: Omni meliori modo & forma peto jus & justitiam administrari, desuper nobilissimum judicis officium imploro, de quarum effectu vide Recess. Imper. August. *de Anno 1551. §. 31.* Ordinat. Proc. Sax. *Tit. 5. §.* Nachdem man &c. CELSVS HVGO *in Tractat. Clausul. sub. clausula Libellorum* GEORGE OBRECHT *Disp. 29. de forma actionis n. 625. seq.* BRVNNEM. *de proc. Civil. cap. 5. n. 3.* DN. BERGER *in Programmat. annexo Resol. LL. Obstant. p. 911.*

XI.

XI.

Hinc nequaquam necesse habemus, ut in arenam descendamus cum illis, qui libellum alternativum in hypothecaria sustineri posse putant. Faciunt hoc præprimis Doctores *ad cap. 5. X. de Pignor.* ubi Pontifex Innocentius III. Episcopo Aquinati committit, ut mulieri, quæ æstimationem dotis instantius sibi pedebat, contra mariti fratrem, aut inductionem in possessiones quæ mariti fuerant, eadenus condemnet ad restitutionem dotis, quatenus de bonis reum possidere constet; Ita *ANTONIVS DE BVTRIO, BONONIENSIS num. 4. Nota, alternative posse concludi, ut dos restituatur vel in possessionem inducatur; Et sic ubi unum est in obligatione, & alterum in facultate solvendi PROCEDAT libellus alternativus.* Clariora sunt verba JOANNIS IMMOLENSIS: *Nota practicam libelli pro restitutione dotis, quando agitur contra tertium possidentem res hypothecatas pro dote, quod alternative POSSIT concludi, ut dos restituatur, vel ut inducatur in possessionem ipsius rei hypothecatæ possessæ per istum tertium contra quem agitur. Ex his habes, quod si unum est in obligatione, & aliud in facultate solvendi PROCEDAT libellus alternativus & TOLERATVR dicta incertitudo in libello & exsurgit alternativa ex eo, quod pedeat a potestate conventi.* Nec alienus ab hac sententia est *ABBAS PANORMITANVS;* quem diversis cognominibus modo NICOLAVM SICVLVM, modo NICOLAVM DE THVDISCHIS allegant, dum *num. 4.* scribit: *Nota practicam formandi libellum pro dote ex parte Mulieris, cum agit pro sua dote contra possidentem bona mariti sibi pro dote tacite obligata. Nam POTEST formare libellum alternativum, videlicet petendo illa bona sibi tradi tanquam obligata, vel quod possessor debeat sibi satisfacere pro dote; ET CREDO, quod sufficiat, petere primum tantum, ex quo agit hypothecaria actione, sed secundum non est in obligatione, sed in facultate possessoris, quia quilibet tertius possessor conventus, ab eo qui habet hypothecariam potest illum excludere offerendo debitum*

tum suum. Unde ad exuberantem cautelam voluit iste, in libello deducere illam partem alternativa qua est in facultate. Ex hoc & ex textu infero, quod quando unum est in obligatione & alterum in Facultate solvendi non vitiatur libellus, si ambo deducantur alternative in libello. Similiter ex recentioribus AVGVSTINVS BARBOSA, LVSITANVS *in collectan. ad h. c. num. 5. Libellus alternativus admittitur, ubi unum est in obligatione & aliud in solutione. Et* HENR. ANTON GRANNA-NIETO *in Catena Jur. ad h. cap. num. 5. Licet regulariter libellus alternativus non admittatur, tamen ubi unum est in obligatione & aliud in facultate solvendi SVSTINETVR.* Huc referimus quoque ADRIAN. GYLMANNVM, qui quamvis *Symphorem Tom. II. Part. 3. tit. 2. voto 3. num. 8.* non neget in actione hypothecaria valere libellum alternativum, tamen mox subiungit: *In forma sententia condemnationem debere fieri ad traditionem rei pignorata, non ad debiti solutionem.* Et *Voto 2. num. 16. Actor recte in libello petit sibi possessionem rei pignorata, tradi; Donec sibi solvatur. Condemnatio debet fieri ad traditionem possessionis rei pignorata, non ad debiti solutionem, quamvis in hypothecaria procedat etiam libellus alternativus.* Eandem sententiam fovent ANTON. PEREZ *in C. Tit. de Edendo num. 5.* ANTON. PINELLVS *ad L. 2. C. de Rescind. vendit. part. 3. cap. 3. num. 5. & 8.* NICOL. MOZZIVS *de Contract. tit. quib. caus. annull. emt. num. 27.* BERNH. GRAEVEVS *ad Pract. Camer. Imperial. Lib. I. Concl. 63. num. 11.*

XII.

Tertio in antecessum probe notandum alternativam petitionem esse tantum formaliter talem, scilicet explicite disiunctivam, & in restitutionem pignoris aut debiti solutionem verbis expressis directam, nec eam pro virtuali ac implicita habendam, si actor petat: Donec debitum fuerit solutum pignus restitui. Licet enim particula *Donec* vel maxi-

maxime involvat conditionem resolutivam seu ut loquitur cum BARTOLO *ad L. 1. ff. de Condit. & demonstrat. n. 15.* CARDINAL. TUSCH. *lit. D. concl. 271. n. 6.* extinctivam, ab hac tamen ad alternativam petitionem aut condemnationem nequaquam firma ducitur consequentia; ut taceam dictam particulam, non semper importare conditionem sed potius terminum temporis TUSCHUS *d. Concl. 271. num. 1.* BARBOSA *de diction. usu frequentior. 93.* JOH. a FELDE *in Tract. de scientia Interpret. part. 1. lib. 2. p. 207. verb. durationem indefinitam.* CHRISTOPH PHILIP RICHTER *de Signif. Adverbior. lit. D. num. 29.* CHRISTOPH. BESOLDUS *in Thesaur. Pract. lit. B. n. 60.* JOH. STRAUCH. *in Lexic. Partic. Jur. Voc. Donec. num. 2.*

XIII.

DE hoc communi concludendi modo in actione hypothecaria ad traditionem bonorum pignoris nexu obligatorum, ut retineantur donec fuerit satisfactum. Notanter scribit BARTOLUS *ad L. 2. C. si unus ex plurib. Illud quod possessor debitum solvendo possit retineri rem, non est ex natura hypothecaria, quæ nudam possessionem avocat, sed ex quadam potestate possessori concessa; ideo consultius est, quod concludatur isto modo: Peto eum mihi condemnari ad tradendam possessionem dictæ rei retinendam in caussam pignoris pro prædicta quantitate, donec mihi integre satisfiat. Et ad L. 41. ff. de pignor. act. num. 12. Consuetudo communis est, quod concludatur sic: peto possessorem cogi ad tradendam possessionem dictæ rei, detinendam in causam pignoris, pro quantitate prædicta, donec mihi fuerit satisfactum, qui libellus optime procedit.* Item HERMANNUS BARENSIS *de formandis libellis in Tract. Tractat. Tom. III. p. 11. libell. 17. Peto ut dictum fundum pertinere ad actorem jure hypothecæ per sententia declaratis, & ad restituendum fundum condemnatis & condemnatum ad restituendum juris remediis compellatis.* Subjungens sententiam: *Condemnamus re[u]m ad resti-*

restituendum fundum, actori tamdiu tenendum, donec de prædictis 10. libr. sibi fuerit plenarie satisfactum. Et hanc libelli formam tradunt non pauci Doctorum *ad §. 7. J. de Action.* JOH. DE PLATEA, ANGELUS DE ARETIO, JASON MAYNUS *num. 125.* OBRECHT *Disp. 29. de form. Action. num. 488. seq.* JOH. SCHNEIDEWIN *num. 90.* OLDENDORP *d. class. 3. art. 10. quod veniat in hanc act.* quam & nos æque ac eam mox §. 16. tradendam, naturæ actionis hypothecariæ optime convenire asserimus. Approbaverunt quoque eandem Domini Consiliarii Electores Saxonici, quibus Anno 1699. Dresdam evocatis Revisio Ordinationis Processus Judiciarii in Electoratu Saxoniæ clementissime demandata fuit, Tit. V. in verbis: Hiernechst werden die Advocaten ingesamt erinnert, bey Abfassung des Klag-Libells zuförderst das genus actionis mit gehörigen Fleiß zu untersuchen, auf den Sedem materiæ in denen beschriebenen Rechten das Absehen zu richten, daraus die ad instruendam causam nöthigen Subsidia aufzusuchen, und das Klag-Libell, mit Hindansetzung aller undienlichen Umstände und Clausuln, förmlich, kürtzlich, bündig und schlüßlich, also und dergestalt, damit fürnehmlich das medium concludendi nebenst dem petito geschickt vorgestellet werden möge, einzurichten. Z. E. in actione hypothecaria contra Tertium possessorem, nach Erzehlung des facti, nach Art und Eigenschafft berührter Klage, das petitum nicht wie zeithero zum öfftern angemercket worden alternative, auf die Bezahlung der Schuld oder Abtretung der hypothec, sondern auf diese Maasse, daß Bekl. biß Kl. der libellirten Forderung halber vollständig befriediget, das verpfändete Guth ihm abzutretem, und einzuräumen schuldig, zu formiren.

XVI.

Hisce præmissis liquet, quæstionem tantummodo esse de libello in actione hypothecaria secundum propriam ipsius natu-

naturam conficiendo, an recte actor in conclusione verbis expressis condemnationem, ut reus vel solvat debitum, vel pignus exhibeat, a judice petat. Quoniam autem summa omnium actionum divisio, juxta §. *1. J. de Action.* & *L. 25. pr. ff. de O. & A.* in duo genera deducitur, ut sint aut in rem, aut in personam, Et illæ quidem rem saltem sequantur, ac præstationum personalium penitus sint ignaræ, atque ita comparatæ, ut quandoque cum eo agendum, qui nullo prorsus personali vinculo nobis obstrictus; Hæ vero quas personales dicimus, ex facto quodam obligatorio, sive id sit licitum, sive illicitum descendant, nec dentur mixtæ, EVERARD BRONCHORST *Enantioph. cent. 4. assert. 31.* LUDWEL. *Exercit. Justin. 18. th. 1. lit. g.* B. SVENDENDOERFF. *de Action. for. Expos. general. cap. 2. §. 28.* ut nempe Jus in re & obligatio, eadem vi, eodemque effectu in unam speciem actionum influere possit DN. BERGER *in Resol. LL. Obstant. Tit. fam. hercisc. quæst. 1.* Cuilibet vero actori, qui jura sua in judicium deducere intendit, incumbat necessitas, ut non solum in genus actionis, qua experiri cupit, sed & ejus genuinam indolem inquirat, ac quamvis nomen exprimere haud teneatur, *cap. 6. X. de Judic.* ALEX. DE IMMOLA *ad l. 1. ff. de Edendo n. 33.* HEINR. HAHN. *ad Wesenb. h. t. num. 7.* SVENDEND. *ad proc. Fibig. lit. m. p. 275.* DN. SAM. STRYCK. *de Action. investig. Sect. 1. membr. 1. §. 1.* & *in Usu Modern. ff. Tit. de Edendo th. 1.* conveniens tamen formet libelli petitum, nec ei quicquam, quod aut superfluum, aut plane damnosum sit, admisceat: Hinc circumspecta consideratione opus habet Creditor, non modo in electione actionis, an solam hypothecariam an personalem instituere, an ambas uno libello conjungere ipsi expediat, sed etiam in formatione libelli, ut electa hypothecaria, eam saltem pro consequenda re oppignorata concipiat.

XV.

ITA libellum in actione hypothecaria proponendum esse, jam olim docuerunt, ROFFREDUS BENEVENTANUS

NVS, qui floruit Anno 1215. *in Tractat. libellor. part. 1. de Actione Quasi Serviana : Vobis conqueror, reum detinere rem mihi obligatam a Titio debitore meo pro 10. libr. quas ipsi mutuavi: Inde peto rem illam mihi restitui. Ita recte concipitur libellus, ita probatur.* GVITO *super Instit. Tit. de Action.* qui libellus casibus legum VIVIANI & FRANCISC. ACCVRSII in fine subjunctus. *Dico contra N. quod ipse detineat equum, quem mihi obligavit pro 10. libris, proponendo contra ipsum hypothecariam. Peto dictum equum mihi tradi, vel ipsum ad restitutionem equi condemnari.* ODOFREDVS *de libellis formandis Cap. 6. & 7. peto rem illam ratione Possessionis mihi restitui.* GVLIELM. DVRANDVS *in speculo juris* quod An. 1271. edidit inde SPECVLATOR vocitatus *Lib. 4. part. 3. de locato n. 25.* libellum Servianæ ita proponit: *Petorem quæ mihi pro pensione fundi a Colono obligata, a reo possidente ratione debitæ pensionis restitui;* Quasi Servianæ vero, sive reus sit debitor, sive alius: *Peto rem pignori obligatam mihi restitui.* BALDVS *super Instit. Tit. de Action. §. Item Serviana* Creditorem contra extraneum sic formare libellum jubet: *Dico contra talem, quod cum debitor meus in causam mutui mihi obligaverit ex hypotheca pro predicto debito, domum positam in illo loco, quam dictus conventus tenet vel possidet, & quam dictus debitor meus tempore dicta obligationis tenebat & possidebat cum titulo & bona fide; Quare peto possessorem dicta domus mihi hypothecata vestra sententia condemnari, ad assignandam vel tradendam mihi possessionem dicta domus.* NICOLAVS DE SPINELIS Neapolitanus *ad d. §. J. de Action. §. quæro nono. Formabis libellum sic in hypothecaria: Quia Titius obligavit mihi talem rem, quam possidebat titulo & bona fide tempore obligationis, quam tamen Sejus possidet: ideo contra Te ago, ut mihi rem restituas.* Et certe, si quis contra possessorem hypothecae, qui simul personaliter obligatus non est, accuratum edere libellum velit, non alia, quam quæ §. 13. & 15. exhibita fuit, uti poterit forma.

XVI.

XVI.

Est enim Actio Hypothecaria mere realis *§. 7. J. de Action. L. 17. ff. de Pignor. L. 18. C. eod.* WISENB. *ad Instit. Imperial. Disp. 45. thes. 30.* nihilque personalitatis habet RIPA *ad Tit. ff. de Pignor. & hypoth. num. 15.* & non personam, sed unice rem sequitur. BORGNIN. CAVALCANVS *Decis. Fivizanens. 25. part. 2. num. 5.* MEV. *Part. 3. Dec. 115. th. 3.* ita tamen ut non tam rem ipsam, prout alias condemnatio, si in rem actum fieri debet §. *2. de off. judic.* sed nudam saltem ejus possessionem avocet *L. 66. de Evictión.* quod agentibus hypothecaria notandum ac minime prætereundum monet DIONYS. GOTHOFRED. *ad d. l. lit. d. & ad l. 10. ff. de Pignor. lit. n.* Conf. BALDVINVM *d. Tract. cap. 14.* REINH. BACHOVIVM *ad Treutler. Disp. 4. th. XI. lit. B.* DE MESA *Var. Resol. lib. 1. cap. 42. num. 23.* JOH. RICHARD. MALCOMESIVM *ad Wesemb. Tit. de Edend. num. 4. verb. alternativum.* Dn. LüDER MENCKEN *Select. controvers. Jur. Civil. Diss. 1. thes. 18.* Quomodo ergo tertius possessor, qui cum creditore ipse non contraxit, nec se ad solutionem obstrinxit, ac fortassis hypothecam in fundo acquisito hærere penitus ignoravit, ad personalem præstationem ex debitoris obligatione, hac actione poterit compelli? Jus quidem ex pignore descendens, cum ipsa re ad quemcunque possessorem, quin detentorem FRANC. NIGR. CYRIAC. *controv. Forens. lib. 3. controv. 489. n. 16. seq.* transmittitur, & si vel maxime debitor rem oppignoratam alienet, remanet nihilominus salva hypotheca ante quæsita, *Decis. Rot. Roman. 129. n. 11.* subjunct. JOH. PAUL MELII *Quotid. Observat. Forens.* STEPHAN. GRATIANVS *Discept. Forens. Tom. 4. cap. 616. num. 11. seq.* & creditori alienationem quamvis scienti, citra ipsius expressum consensum facto debitoris præjudicari nequit *L. 3. C. de Remiss. pignor.* FRANC. CONNANVS *in Com. Jur. Civil. Lib. 4. cap. 19. n. 4.* GRATIAN. *d. Tom. 4. cap. 730. n. 40.* sed res cum suo vitio & onere

 inse-

inseparabiliter, uti lepra leprosum concomitatur, in alium transfertur, JOSEPH. PETR. ACTOLINUS *Resolut. Forens. 119. n. 2.* sed personalis actio de subjecto in subjectum non transit, NEGUSTANT. *d. tract. p. 2. memb. 3. n. 32.* neque fundum sequitur *L. 81. §. 1. ff. de contrab. emtione: L. 1. §. 16. ff. ad SCt. Trebellian.* ANTON QUETTA *cons. 62. n. 3.* EVERHARD *cons. 147. n. 1.* nec ultra personas obligatas se extendit JOSEPH. ALTOGRAD *controv. 49. n. 29.* Hinc contra ejusmodi tertium Possessorem petitum, alias ex coadunata actione personali cum hypothecaria resultans locum habere nequit.

XVII.

ET hæc sententia non solum in Theoria obtinet, ut putat GOSWIN AB ESBACH. *ad Carpz. P. I. Const. 2. def. 9.* Sed tam altas in foro, præsertim Saxonico Electorali, radices egit, ut DN. BERGERUS *in supplement. Elect. Discept. Forens. ad Tit. 5. pag. 1778.* omnes, qui concipiendis libellis operentur, moneat ac hortetur, ut seposita illorum doctrina, qui contra tertium possessorem in actione hypothecaria alternative peti posse existimant, stylo forensi se accomodent, eumque diligentius attendant, ne animadverso tandem vitio, libellum tanquam ineptum rejici, atque adeo ea quæ retro acta sunt, irrita fieri sero nimis sentiant. Ita Summum Appellationum Judicium, quod Dresdæ viget, in causa Joh. George Starckens und Consf. contra Hr. Hanß Friedrichen Frey-Herrn von Burckersroda Erben cum actor concluderet in libello: Daß Bekl. von denen Kauff-Geldern des Lotterischen Hauses die Köhlerische Verlassenschafft zu befriedigen schuldig, widrigen Falls würde Kl. immittiret &c. rejiciebat libellum tanquam ineptum *Term. æstivo 1695.* inserta Protocollo decidendi ratione: Weil tertius Possessor personaliter nicht obligat, so kan er auch zur Bezahlung nicht condemniret werden, und gehet in hypothecaria dießfalls das petitum *alternativum* nicht an. Idem etiam placuerat *Term. æstiv. An. 1679.* in causa Eleonoren Hornin

nin, contra Valentin Schäffern und Conf. Daß Bekl. auch auf diese Klage, inmassen sie anbracht, sich einzulassen nicht schuldig. V. R. W. Rationes hujus sententiæ, in Protocollo adnotatæ, merentur, ut integre apponantur. Die Conclusion ist inept, indem Actio Hypothecaria angestellet, und in conclusione wie in actione personali gebeten, daß Bekl. als Besitzer des Guthes Cracau die auf solchem Guthe jure hypothecæ verschriebene rückständige 1987. fl. Capital Kl. zu bezahlen schuldig, wiedrigen Falls würde ihr dazu billig verholffen ꝛc. Da hingegen Kl. auf das Pfand bloß gehen und bitten sollen, daß das hypothecirte Guth ihme eingeraumet, und so lange, biß er wegen seiner Anforderung bezahlet, darinnen gelassen werden möchte, Kläger will es zwar salviren und sagt es wäre gnung daß er in libello der Hypothec und seines ihm daher zugestehenden Rechtens erwehnet, aber es ist nicht gnung, und wird die Conclusio inepta dadurch nicht sustinirt.

XIIX.

EAdem quoque sententia placet Dn. Scabinis Lipsiensibus qui An. 1671. Mens. Febr. ad consultationem Johann Melchior Dedekinds nach Oschatz inter alia ita responderunt &c. bevorab wenn nicht idem nexus obligationis oder eadem actio wie allhier sich ereignet, indem euren eigenen Anführen nach, der von Pflug wider den vorigen Besitzer des Guthes Mertzdorff Christ. von Holtzendorff nicht bloß hypothecarie sondern zugleich personaliter geklaget, welche actio wider den von Starschedel als tertium possessorem so Pflugen neque ex contractu noch quasi Contractu obligiret ist, nicht statt hat ꝛc. Similiter iidem M. Maj. 1700. an die Gräfl. Mannsfeldische Räthe zu Eißleben in causa Gottfried Ernstes Menzels und Conf. contra Johann Georgen und Conf. ubi in decidendi rationibus. Hiernechst und wenn contra tertium Possessorem hypothecarie geklaget werden soll, das Petitum nach Arth und Eigenschafft derselben, auff Abtretung des verpfändeten Stückes,

so

so lange biß Kläger daraus befriediget, eingerichtet werden muß, keinesweges aber Bekl. da er personaliter nicht obligirt, auf Bezahlungen der Forderung, wie doch hier von Kl. geschehen, belanget werden mag, diesemnach die ineptitudo libelli vor Augen 2c. Et M. Septembr. 1703. an Andreen Hansen, Anspannern zu Salbitz. Ob wohl einige Doctores in denen Gedancken stehen, daß die Actio hypothecaria auch contra Tertium Possessorem alternative eingerichtet werden könne. D. a. d. Friedrich Kirsten und dessen Erben, Christinen Gerahlin niemaln personaliter verbunden gewesen, sondern sie bloß als Besitzere desjenigen Stückes, darein sie durch die gerichtlich vollstreckte Hülffe ein dinglich Recht überkommen, von ihr belanget werden mögen, also nicht zu sehen, wie das petitum libelli auf ein mehrers, als so weit sie ex possessione obligirt, nemlichen auf Abtretung des Grund-Stückes einzurichten sey, 2c. So ist die Klage wider die ietzige Besitzerin nicht alternative, sondern bloß auf Abtretung derer verholffenen Stücke, bis Kläger daraus befriediget, einzurichten. V. R. W.

XIX.

IAm videamus argumenta, quæ a Dissentientibus pro adstruendo libello alternativo afferri solent, & quidem juxta seriem in Disputatione Kiloniensi observatam. Orditur autem illius Author telam *th. 7.* ab eo, quod peritio debiti a natura hypothecæ & actionis hypothecariæ abludere nequeat, quoniam hac praeter nexum realem pignoris ipsum debitum, ejusque solutionem essentialiter connotent. Sive enim definiatur hypotheca cum HAHNIO *in Disp. de Pignor. & hypoth. th. 4.* quod sit jus in bonis debitoris creditori pro securitate debiti constitutum, sive etiam cum BICCIO *in Colleg. Iur. Argentor. enucl tit. de Pignor. n. 5.* quod sit res, quæ pro debito in crediti securitatem obligatur, donec quod debetur sit exsolutum, semper debitum ingredi definitionem, ut ne quidem hypotheca, vel hypotheca-

ria

ria actio sine illo concipi queat, sed obligationem personalium hyotheca semper præsupponat, licet propria conventione constituatur. Cum proinde actor rem sub hoc formali, qua pignoris nexu devincta prosequatur, hinc etiam sub eodem formali petere possit. Huic argumente, ne minima quidem inest vis & efficatia demonstrandi, id quod est in quæstione, scilicet in actione hypothecaria alternative esse petendum. Nam propositio major. *Quicquid in actione essentialiter connotatur, id est, definitionem ita ingrediatur, ut actio sine eo concipi nequeat, illud in conclusione libelli alternative peti potest.* Omni probatione destituitur, nec omne quod in definitione deprehenditur, intrat Libelli petitum. Quid si enim quis subsumat, v. g. de actione de servo corrupto utili, quam interpretes arg. *L. 14. §. 1. ff. de servo corrupt.* ibiq; BRUNNEMAN *n.* 3. GEORG. ADAM STRUVIUS *in Syntagm. Jur. Civil. Ex. XV. th. 50.* concedunt marito contra corrumpentes animum atque mores uxoris, quod hæc actio non possit concipi sine corruptione Uxoris. Ergo hæc ingredi debeat petitum, Reumque alternative condemnandum, ut aut Uxorem incorruptam, aut damnum officio Judicis æstimandum præstare debeat, quod est absurdum, posterius enim tantum venit ex natura hujus actionis, LAUTERBACH. *in Colleg. Theor. Pract. h. t. §. 9. & 10.* Si vero per verba: *Petitionem debiti non abludere ab hypothecaria*, hoc saltem intendit Author Disputationis, non esse absonum si in petito mentio debiti atque solutionis injudicatur, id ipsi quidem ambabus largimur manibus, sed tunc hoc argumentum non ferit thesin. Quis enim unquam asseruit in Conclusione hypothecariæ omittendum esse debitum, pro quo accessit pignus? quin potius contrarium evincunt non modo formulæ: *Donec actori solutum debitum vel aliter satisfactum.* Daß Beklagter das libellirte Unterpfand Klägern, so lange, biß er der rückständigen 1000. fl. Capital Zinsen und Unkosten halber gäntzlich vergnüget, abzutreten, schuldig, sed etiam aliæ possessionem propter quantitatem

titatem prædictam esse tradendam: Daß Bekl. wegen derer libellirten 1000. fl. Capital Zinsen und Unkosten das zum Unterpfande hafftende Hauß einzuräumen schuldig. Ita B. SVENDENDORFF. *de Action. Successor p. 213 ex L. 12. ff. de alim. legat.* hypothecariam ita concludit: Daß Bekl. Ihm das libellirte Unterpfand zu seinen jährlichen Unterhalt einzuräumen, auch alle Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig.

XX.

Alterum opinionis suæ præsidium collocat Author Disput. *th. 8. in L. 13. §. 4. ff. de pignor.* & ex verbis: *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet*, constare autumat, restitutionem pignoris Creditori exigenti non absolute, sed ex hypothesi & conditionate deberi; & sic nullam apparere rationem, cur non possit actioni hypothecariæ conditio ista annecti, petique ut possessor quippe nec absolute obligatus, debito demum non soluto, seu donec fuerit solutum ad restitutionem pignoris condemnetur, aut quod reapse eodem recidit, vel debitum solvere, vel hypothecam restituere cogatur, cum limitatæ causæ sit proprium, limitatum producere effectum. Ceterum loquitur lex allegata saltem de duratione actionis, ejusque remotione, non de ejus natura & intentione, ANT. FABER *in Rational. ad L. 4. §. 3. ff. de in diem addict. & ad L. 13 §. 1. ff. ad SCt. Vellejan.* B. SVENDENDORFF. *ad Eckolt. Tit. de Edendo §. 4.* Est enim natura hujus actionis, ut rem tantum persequatur, tamdiu tamen duret donec debitum sit solutum, aut aliter creditori satisfactum. VINCENT. DE FRANCHIS *Decis. 119. n. 23.* Solutio autem non est in obligatione, sed libero possidentis arbitrio relicta, qui si velit, retenta rei possessione, se ab obligatione reali, exsolutione debiti liberare potest, sed ad eam invitus compelli nequit, ANTON CAPYCIUS *Decis. Neapolit. 41. n. 3. seq.* Firmum proinde remanet, hypothe-

pothecariam esse actionem realem redimibilem; quæ caussative evincit rem, nempe si non solvatur debitum. CYRIACUS *contr. Forens. 489. n. 31.* Certum etiam est, quod Possessor, solutione debiti facta, se liberare possit, sed caussa hujus rei non est quærenda in possessoris obligatione, sed quod soluto debito principali non possit non tolli atque extingui pignoris persecutio, tanquam accessoria obligatio. HAHN & MALCOMES. *ad Wesenb. Tit. de Edend. n. 4.* ac liberato pignore inefficax reddatur hujus actionis caussa, BACHOV. *de pignor. lib 3. cap. 12. n. 8.* ipsaque actio inutilis relinquatur. MESA *Var. Resol. lib. 1. c. 49. n. 16.* ut proinde a se invicem probe discernenda, quæ sunt in obligatione ab iis, quæ tantum in solutione. Neque ob hanc possessori competentem electionem actio limitata dicenda, cum Reus præcise & absolute maneat obligatus ad restitutionem pignoris, quamdiu debitum sive ab ipso, sive ab alio non est exsolutum. Hoc autem præstito, quod pignus retinere possit, id non ex actionis indole, sed ex accidenti contigit, BACHOV. *ad Treutler d. Disput. 4. th. XI. B.* nec valet consequentia a Facultate rei se liberandi, ad Jus actoris eam liberationem potendi. Ita Exceptio cessionis bonorum competit quidem illis, qui fortunæ vitio, absque dolo, nequitia, profusione, culpaque latiori bona perdiderunt *Resol. Gravum. de Anno 1661.* von *Justitien*-Sachen *§. 78.* DN. RIVINUS *in Specim. Except. Dilat. c. 40. n. 1.* ad evitandas carceris molestias, pœnasque decoctorum. Quis vero creditorem adstringet, ut contra ejusmodi Debitorem agendo, alternative petitum dirigere debeat, ut vel solvat, vel bonis cedat?

XXI.

Tertio dicit Autor Disputationis, Hypothecæ restitutionem ab Actore non primario, nec per se, sed secundario & propter aliud peti, nempe in subsidium debiti principalis, cui accessorius pignoris nexus seu fundamento innititur, & ut ex pignore distracto debitum consequatur, non ut ab

eodem perpetuo retineatur. Sed quid inde? Fatemur hypothecam propter debitum peti; *Res enim hypotheca dari possunt, pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio & conductio vel mandatum, & sive pura est obligatio, vel in diem & sub conditione, & sive in praesenti contracta, sive etiam praecedat, sed & futurae obligationis nomine dari possint, sed & non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus, & vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali*, verba sunt MARCIANI *in L.5.pr. ff. de Pignor.* Concedimus etiam hypothecas esse accessiones *L. 43. ff. de solut.* & principali causa non subsistente, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habere *L.178.ff.de R. J.* Largimur praeterea felicem forte actorem futurum, si brevi manu potius a possessore hypothecae, quam per longiores ambages debitum suum assequatur. Negamus autem debiti consecutionem esse finem actionis hypothecariae, canonemque vulgatum, propter quod aliud intenditur illud magis intenditur, hujus esse in praesenti materia efficaciae, ut firmissime inferri possit petitioni alternativae seu rei obligatae, seu debiti, locum esse ex natura hypothecariae. Nam non eadem, sed diversa hic ratio est causae principalis & accessorii, quam limitationem in verbo PLERUMQUE suggerit *all. L.178.* ad quam vide PHILIP. DECIUM *n 3.* Quamvis enim personalis obligatio huic juri reali occasionem praebuerit, quin constitui non potuerit sine principali obligatione IOH. DOMINICUS GAGITUS *de Credito. cap. 4. quaest. 7 n 584 & quaest. 10. n. 1155.* cum accessionis locum obtineat, IOH. WAMESIUS. *Consil Jur. Canon. 499 n. 4.* subsistit tamen post nativitatem suam ex proprio suo fundamento, quod quidem fortius est, quam erat prius, cum jus in re creditorem reddat tutiorem, quam si personam saltem habeat obligatam §. 4. *J. quib. mod. re contrah. obligat. L. 25. ff. de R. J.* in tantum ut extincta quoque actione personali, remaneat salva hypothecaria. Praeter exempla supra *th 6.* adducta,

ducta, idipsum patescit etiam in Creditore debitori suo per fidei commissum succedente, ubi quidem confusione extincta personalis actio, hypothecaria vero salva remansit, *L. 59. ff. ad SCt. Trebell.* qua de refuse ROLANDVS a VALLE *de Inventario, vers. an actio hypothecar. in vol. 8. Tractatuum part. 2. fol. 195.* JOSEPH de SESE *in Decis. Arragon. Vol. 1. Decis. 46. n. 12.* FRANCISC. MILANENSIS *Lib. 1. Decis. 13. n. 9.* TVSCHVS *Lit. H. concl. 52.* JOH. PETR. SVRDIVS *Consil. 7. n. 20.* GRATIANVS *Discept. 204. n. 23.* VINCENT. de FRANCHIS *Decis. 80. n. 12. & Decis. 518. n. 2.* MENOCH. *consil. 89. n. 153.* JOAN CEPHALVS *Lib. 3. consil. 393.* JOH. BAPTISTA ASINIVS *de Execut. §. 7. cap. 74.* ANTONIVS de AMATO *Forens. Jur. Resol. 56. n. 10.* Cum ergo diversissimæ sint naturæ petitio debiti & actio hypothecaria, ita ut hæc ex jure in re, illa ex jure ad rem oriatur, quod posterius deficit in possessore pignoris personaliter non obligato, hinc vitiosa est illatio ab avocatione possessionis ob debitum, quæ primarius finis est actionis hypothecariæ *L. 66. pr. ff. de Evict.* ad debiti petitionem quod consequitur saltem creditor per indirectum, vel ex optione Reo concessa, vel etiam ex fructibus pignoris hujusque distractione, sæpius enim ea oblique & in consequentiam licent quæ directo obtineri haud poterant, TABOR *in Thesaur. Axiomat. Barbos. cap. 60. verb. indirecte.*

XXII.

EJusdem farinæ est quarta ratio, quantitatem debitam in ipso pignore latere & eminenter contineri, nec ab eo esse diversam, sed arctissime connexam ac morali æstimatione eandem *arg. L. 88. ff. de V. S.* alternative igitur Actorem eam a Reo petere posse. Nam *in d. l. 88.* dicitur quidem illum qui prædia habet centum aureorum, intelligi habere centum aureos, utpote quos exindere reficere liceret, sed exinde non conficitur in actione hypothecaria pignus aut quantitatem debitam alterne posse exigi a Possessore.

XXIII.

QVinto, actionis hypothecariæ indoli maxime alternativam petitionem congruere deducere conatur ex eo, quod simpliciter rem, subinde valore suo quantitatem debiti excedentem, petens, plus justo petere, & in fraudem *L. fin. C. de pact. pignor.* quæ legi commissoriæ in pignoribus & hypothecis locum relinqui vetat, agere, ac usurariæ pravitati imminere videtur. Verum enim vero quilibet, cui Lex Commissoria in pignoribus nota est, haud ignorat ejus memoriam ab imperatore Constantino abolitam esse, ne Creditores iniqui pro modico quandoque ære, si ad diem solutum non esset, bona pretiosiora sibe haberent, id est ea perpetuo jure apud Creditores remanerent, & sub hac Commissoria lege ne quidem comprehendi conditionalem pignoris venditionem, ut si intra tempus certum non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc æstimandam creditor *L. 16. §. f. ff. de Pignor.* Cum proinde Creditoris hypothecaria agentis intentio non sit, ut perpetuo jure rem oppignoratam pro suo debito retineat, sed saltem ut ipsi possessio tamdiu concedatur, donec ex fructibus aut etiam ex distractione publicaque venditione rei oppignoratæ, debitum suum una cum usuris & expensis plenarie fuerit consecutus; Inde nequidem dici potest, plus justo petere creditorem, qui rei oppignoratæ licet pretiosioris possessionem simpliciter petit, aut viam aperiri Legi commissoriæ, vel etiam imminere periculum usurariæ pravitatis. Licet enim vel maxime valor hypothecæ duplum debitæ quantitatis excedat, creditor tamen non integram pignoris æstimationem accipit, sed tantum, quantum ipsi debetur. Imo interdum si pretium in alienatione non ascendat summam sortis, usurarum ac fructuum, a possessore personaliter non obligato residuum petere nequit, quod posset si quantitas debita ita arcte cum pignore connexa esset, ut obstrictus ad unum, morali æstimatione obligatus ad alterum quoque sit censendus.

XXIV.

XXIV.

SExtum argumentum depromptum a Jure offerendi, juxta *L. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* cuilibet possessori competente. Authori Disputationis praivit GAILIVS *Lib. 1. obs. 62. n. 8. & 9. Libellus hoc modo alternative conceptus; peto illum condemnari ad traditionem rei obligata, vel ad r solvendum debitum valet: potest enim in actione hypothecaria possesso rem retinere & litis astimationem creditori offerre.* Sed quænam quæso est consequentia *a posse ad debere.* Potest quidem reus oblatione solutionis extinguere ac removere actionem hypothecariam, de quo jure offerendi, si forma rei oppignoratæ mutata ac pretiosior facta, an deductis meliorationibus fiat vide AZO *in summa ad Tit. C. de Pignor. n. 14.* HEINRIC. CARDINALIS HOSTIENSIS *in summa Lib. 3. Tit. de Pignor. n. 8.* DIDAC. COVARRVVIAS *Tom. II. Var. Resol. Lib. 1. cap. 8.* ALEX. TRENTACINQV. *Var. Resol. Lib. 30. Res. 30. n. 9.* MESA *Var. Res. Lib. 1. c. 49.* BERTOLVS ad Acostam *de privil. credit. part. 3. art. 1. n. 105. seq.* sed condemnari nequit ex natura hypothecariæ, ut etiam debeat solvere; Nec omne, per quod actio intenta removetur, ingredi debet Libelli petitum, alias sequeretur, inferendam quoque esse oblationem, quæ fieri potest a quolibet pro reo etiam invito ac ignorante *pr. J. quib mod. tollit obligat. L. 53. ff. de solut.* Daß Bekl. oder ein ander das libellirte Capital nebenst Interessen und Unkosten zu bezahlen, oder jener das zum Unterpfand verschriebene Hauß Klägern abzutreten schuldig. Et quid opus est hac expressione in petito libelli, cum hanc facultatem offerendi debitam habeat reus, etiam simpliciter condemnatus ad rem restituendam, quod mente perpetuo tenendum tradit BARTOLVS *ad L. 58. ff. de solut. n. 6.* ALBERT GALLEOTTI *in Margarita aurea cap. 39. n. 56.*

XXV.

PVtat præterea septimo Author Disputationis cessare in creditore simpliciter vindicandi pignoris causam & rationem: Si

Si enim is debitum ab hujus possessore consequeretur, nulla pro illo amplius indigeret securitate, nec ipsius magis interesset rei obligatæ possessionem nancisci, quam accipere creditum; cum illius detentio hoc soluto extinctoque jure, nihil amplius operetur. Nolumus hic urgere, quod interdum omnino intersit creditoris contra Debitorem ipsi aliis nominibus chirographariis devinctum, si instituta sola hypothecaria sine personali fundum hypothecatum obtineat, ob jus retentionis ex *L. un. C. etiam ob Chirogr. pign. ten. poss.* sed in præsenti sufficiat, quod cuilibet ad oculum pateat infirmissima, ne dicam inepta hæc illatio, ubi norma ac forma libellandi metienda, non secundum actionis instituendæ naturam, sed secundum interesse actoris. Quasi vero non eveniret sæpius, ut actor haud petere queat id, quod ipsius magis intersit. Exempli loco sistimus venditorem rei suæ recuperandæ cupidum, si in actione ex *L. 2. C. de R. V.* ob enormissimam læsionem contractus dissolutionem tanquam sibi magis proficuam tantummodo putat. Vide DN. RIVIN. *ad Ord. Proc. Sax. Enunc. 31. Tit. V.* Cum enim hic utrumque sit lective in obligatione emtoris, an id quod deest justo pretio supplere, an fundum, recepto suo pretio restituere velit, inde Venditor plus peteret, si ad unum saltem alternativorum pro suo interesse dirigeret libelli petitum, nec judicis sententia pure concepta citra nullitatem subsisteret, vid. FRANCISC. de ZABARELLIS, ANDREAS BARBATIAS, ANTON de BUTRIO, JOH. IMMOLENSIS, PANORMITANUS & JOH. ANDREAS NOVELTA *ad cap. cum dilect. 3. x. de Emt. & vendit.*

XXVI.

Similiter etiam possessoris actione hypothecaria conventi obligationem ex dispositione Juris esse alternativam, clarissime evinci posse putat Author Disputationis, quod Octavum ejus est argumentum, *ex L. 16. §. 3. ff. de pignor. L. 2. C. si unus ex plur. hered. & cap. 5. x. de pignorib.* sed forte fallitur. Nam ex d. l. 16, ubi Ælius Marcianus dicit, *in vindicatione pignoris absolvendum*

dum esse possessorem, si aut pecuniam solvat, aut rem restituat, si vero neutrum horum faciat, condemnandum, nihil aliud inferri potest, quam quod possessor hypothecæ, si solvat debitum, aut cedat re pignorata, evitet condemnationem; Hanc autem debere fieri eodem modo ut possessor, vel pecuniam solvat, vel rem restituat, nullibi asseritur, quin potius condemnationem in tantum, quantum debetur, non debere fieri, si hypothecarie agatur, innuunt verba *hujus §.* ultima: *si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid produceret in rem actio, cum & personam agendo idem consequeretur.* Et certe dolendum est, periisse injuria temporum Marciani librum singularem ad hypothecariam formulam, nec ullam Pandectarum legem exinde decerptam, (quas omnes huc atque illuc dispersas summo collegit studio IACOB LABITTUS *in Indice suo p. m. 501.*) perspicue tradere, quomodo fuerit concipiendi libelli in actionibus hypothecariis, ita enim factum ut ipsius verba quilibet Doctorum pro suo modulo interpretaretur. Sic BARNABAS BRISONIUS *de formul. & solemn. prop. Rom. verb. Lib. 5. pag. 441. edit. Francof.* ex allegata *L. 16.* rerum in actione hypothecaria si possideret aut pecuniam solvere, aut rem restituere olim damnatum scribit. Econtra DIONYSIUS GOTHOFREDUS *ad dict. l. lit. q.* exinde colligit, condemnationem fieri debere, ut possessor rem restituat, eaque pignoris jure a Creditore retineatur. Ut proinde mirari liceat, quod Autor Disputationis rectissime a Gothofredo annotata pro sua allegare sententia voluerit.

XXVII.

Nec luculentius petitionem in actione hypothecaria qua tali alternative esse concipiendam confirmat *d. L. 2. C. si unus ex plurib. hered.* Nam primo notanter dicitur in textu: pignoris vindicationem non personam obligare, sed rem sequi. Erubescat ergo Author Disputationis dum *th. 14.* contra ex-

E pressa

pressa hujus legis verba fingit, possessoris actione hypothecaria conventi obligationem ex dispositione Juris esse alternativam. Si enim personam non est obligata intuitu hypothecariæ, quæ pignus vindicat, qua ratione dici potest possessorem conventum debere debitam pecuniam solvere; nisi forte quis obligationem & facultatem aliquid faciendi, vel omittendi pro Synonymis habere velit, cum tamen non confundenda ea, quæ ab alterius arbitrio dependent, cum illis quæ sunt in ipsius obligatione, ac id demum intelligitur DEBERI quod ab invito exigi potest, *L. 108. ff. de V. S.* BRISON. *de solut. & liberat. lib. 1. p. 246. edit. Lugdun.* nec id sit in obligatione, quod in libero debitoris arbitrio consistit BALDVS *Vol. 5. consil. 194.* Deinde nemo sibi persuaderi patietur, Imperatores voluisse definire petitum actionis hypothecariæ, sed potius casum de pluribus debitoris heredibus, qui diversi possidentes res multas pignoris jure obligatas, quod inter hos instituta personali actione, scindatur debitum pro ea quam in hereditate habent parte, sed in hypothecaria nisi conventus per redditionem totius debiti rem pignoratam, quam detinet, liberare velit, ea cedere debeat: Daß Bekl. wegen der gantzen Schuld derer von seinem Vater bey Klägern erborgeten 1000. fl. diesen libellirten Hauß abzutreten schuldig. Quæ ergo hic specialiter de heredibus, qui eodem quo defunctus Debitor modo tenentur, dicta ad alias personas neutiquam extentenda. Nec obstat actionem hypothecariam sibi perpetuo constare, nec conditione personæ contra quam competit, facile mutari posse. Nam respondetur: Manet utique natura hujus actionis una eademque sive agatur contra Debitorem ejusve heredes, vel etiam tertium Possessorem, ad nudam possessionem avocandam. Ratio autem quare hic conveniantur heredes, ut vel debitum reddant, vel re oppignorata cedant, non a qualitate personæ dependet, sed a concurrente personali obligatione, de qua supra th. 4. seq.

XXIIX.

XXIIX.

Restat ut videamus textum juris Canonici productum *ex cap. 5. X. de Pignor.* Licet enim in terris Protestantium nostra parum intersit, quid a Pontificibus in hoc passu constitutum cum non aliunde suum habeat valorem, quam ex voluntate Principis in suo territorio tolerantis. ZIEGLER. *de Orig. & increm. Jur. Canonic.* §. *68.* Attamen cum Authores Decretalium in jure Civili fuerint versatissimi, & in dubio inter hæc duo jura, Civile & Canonicum nulla statuenda sit differentia arg. *Nov. 23. cap.* I. *& cap. X. de Nov. oper. nunc.* CONRAD RITTERSHVSIVS *in pr. de diff. Jur. Civil. & Can.* THEOD. REINKING *de Regim. Secul. & Eccles. Lib. 2. cl. 2. cap. 7. n. 14.* Hinc haud abs re erit, pacis etiam inquirere, an secundum Jus Canonicum libello alternativo in hypothecaria sit locus? Hic diffitendum non est, communiter Doctores affirmativam tenere. Ita ANDREAS BARBATIAS *ad d. cap. n. 5. Nota practicam formandi libellum ex parte mulieris, quando agit pro sua dote contra possidentem bona mariti tacite obligata, quod possit formari Libellus, videlicet petente illa bona sibi tradi tanquam obligata, vel quod possessor debeat sibi satisfacere pro dote & sic libellus alternative conceptus isto casu procedit.* Videantur & alii Commentatores quorum verba supra *th.* XI. recitata. Sed si paulo penitius inspiciantur, haud obscure loquuntur de tolerantia saltem libelli alternativi in actione hypothecaria, quod possit sustineri qua de re nulla nobis est controversia. Approbamus enim omnino distinctionem Doctorum,* ubi statuunt PROCENDERE POSSE libellum alternativum, quando unum est tantum in obligatione, & aliud in facultate solvendi conf. ANTON. BVRGOS HISPANVM *in Repetit. cap. cum dilect. X. de Emt. & vendit. n. 65.* MARIAN. SOCINVM *ad cap. 2. X. de Libelli oblat. n. 74.* ut in actione nostra hypothecaria vid. supr. *th. XI.* E contra si utrumque est in obligatione, libellum DEBERE ESSE alternativum

 ut

ut in actione *L. 2. C. de R. V.* BVTRIO *ad cap. 9. X. de Elect. n. 4.* Priori casu non obstat pluris petitio, si sine alternatione actor pure petat id, quod est in obligatione, & omittat ea, quæ sunt in potestate solvendi. Posteriori autem, plus petit causa si alternativam negligat SCHNEIDEWIN *ad Inst. T. Action. §. si quis agens verb. plus autem n. 8.* Ubi proponit regulam universalem in libellis concipiendis observandam ex ANGELO & IASONE, quod incidat in pœnam plus petentium, qui non concludit alternative, si alternativa adest obligatio *vid. supr. th. 25.* Nec aliud voluisse Pontificem *d. cap. 5.* ex eo apparet, quod admiserit quidem libellum alternativum mulieris, sed non mandaverit alternativam condemnationem, quin potius saltem ad restitutionem dotis eatenus, quatenus Reus de bonis debitoris noscatur possidere, quod jam olim observavit. BARBATIAS *ad h. cap. n. 5. verb. Papa hic non sententionavit alternative, & tamen Libellus fuit alternative conceptus.*

XXIX.

Subnectit denique Nonam rationem Autor Disputationis *in th. 15.* quod Sententia condemnatoria contra reum actione hypothecaria conventum, nisi nullitatis vitio laborare velit, alternative sit concipienda; Triplicemque formulam proponit, Unam ex SVENDENDORFFERO. Daß Bekl. seines Vorwendens ungeachtet das libellirte Unterpfand Klägern so lange, biß er der rückständigen 1000. Fl. Capital und aufgelauffenen Zinsen gäntzlich vergnüget und bezahlet, abzutreten schuldig. Alteram: Daß Bekl. die libellirte Hypothec einzuräumen und abzutreten schuldig. Es wolte denn selbiger die die darauf hafftende Schuld innerhalb einer Sächsischen Frist bezahlen. Et Tertiam: Daß Bekl. die libellirte Hypothec abzutreten, oder die darauf hafftende Schuld zu bezahlen schuldig und gehalten. Ceterum hic Currus ut in Proverbio est, bovem trahit ac præpostere ex modo pronunciandi quæ natura actionis sit ejusque for-

formula concluditur. Tralatitium enim eſt, poteſtatem Judicis non poſſe ultra id, quod in Judicium deductum eſt, excedere *L. 18. ff. commun. divid.* ſed ipſum debere axacte obſervare cauſas petendi & ſequi actionem, quam actor inſtituit, atque ita ſecundum acta & probata ferre ſententiam libello, quantum ad cauſas petitas, conformem, IASON. *ad §. curare 32. J. de Action. n. 32.* ZIEGLER *in dicaſt. Concluſ. 44. §. 10.* Quamvis ergo feratur Sententia alternativa contra poſſeſſorem hypothecae, eam tamen latam eſſe ex natura hypothecariae actionis firmiter inferre haud licet, & falſum eſt ſententiam, niſi alternativam, in hypothecaria ipſo jure eſſe nullam, quin potius nulla eſt, ſi præter intentionem actoris ſolam hypothecariam inſtituentis, alternative proferatur. Præterea quod primam SVENDENDORFFERI formulam attinet, adducit illam tanquam alternativam ac aequipollentem ei, quae disjunctive condemnat Reum, vel ad ſolvendum debitum, vel ad tradendam poſſeſſionem. Sed hoc B. SVENDENDORFFERO nunquam ne quidem per Somnium in mentem venit, utpote qui ſtrenue negat libellum alternativum in hypothecaria locum habere, vide *ad Proceſſ. Fibig. lit. R. pag. 273.* & prolixe ſupra *th. 12. ſeq.* oſtenſum, hanc formulam pro implicite alternativa non eſſe habendam. Nec ſecunda videtur referri poſſe inter alternativas, utpote quæ reum condemnat pure ad traditionem poſſeſſionis, ejusque arbitrio ſaltem relinquit, an quantitatem debitam ſolvere velit, quæ verba ſemper virtualiter inſunt ſententiæ ſimpliciter reſtitutionem rei oppignoratæ reo injungenti, vide *ſupra th. 24. in fine.* Ita *ANGELUS DE PERUSIO* Baldi frater *ad L. 2. C. ſi unus ex plurib. hered.* admittit concluſionem, *ut reus reſtituat rem hypothecatam, ſed Debitori dabitur optio, utrum velit rem reſtituere, vel debitum ſolvere.* Et ANGELUS de ARETIO *ad §. item. Serviana 7. I. de Action.* poſtquam poſuit regulam Hypothecariam avocare tantummodo poſſeſſionem, in fine triplicem exhibet concludendi

modum his verbis: *Contra extraneum sic forma libellum; Dico contra Sejum, quod mutua verum Titio 100. pro quibus mihi obligavit domum, vel omnia bona sua, & per consequens etiam domum, quam Sejus de præsenti tenet, quæ tempore prædicta mea obligationis erat in bonis dicti Titii debitoris mei: quare peto Sejum vestra Sententia condemnari ad assignandam & tradendam nudam possessionem dicta domus detinendam in causam pignoris pro quantitate dictorum 100. donec fuerit mihi satisfactum. Procederet etiam libellus, si diceret creditor, & peteret in Conclusione declarari dictum domum sibi obligatam esse & Titium possessorem condemnari ac cogi ad restituendam possessionem. Potest & alio modo concludi, videlicet. Quare peto Titium condemnari, ut possessionem dicta domus restituat, vel data sibi optione totum debitum mihi solvat.* Quæ ultima verba videntur quidem esse alternativa, sed videntur saltem, revera autem propter optionem datam, alternativa non sunt. Judex enim non injungit possessori solutionem eodem modo, prout rei oppignoratæ cessionem, sed saltem in altero membro declarat beneficium sese liberandi possessori competens. Quodsi, ex ipsa Autoris Disputationis hypothesi, sententia alternativa præsupponat obligationem alternativam, in qua Sententia fundatur, non poterit alternative condemnari tertius Possessor, cum sicuti Debitor, neque ex Conventione, nec ex Legis dispositione alternative sit obligatus. Alternativa siquidem obligatio, prout definitur a DN. BERGERO in *Disputatione de Sententia alternativa Vitembergæ Anno 1700. habita th. 3.* Tunc dicitur, quando plura quidem debentur, sed unum tantum præstandum. Reus autem in hypothecaria nudam pignoris possessionem debet, quæ mediante sententia ab ipso avocatur FABER *in Rational ad l. 41. ff. de Pignor. act.* Ergo hæc simplex tantummodo, aut quæ simplici æquipollet, esse potest. Econtra rejicienda ultima, quæ reo injungit simul debiti solutionem, deficiente in eo tali obligatione. Authores quas *in fin. th. 15.* miratur Author Disput. quod præstationem reo alterna-

ternativam incumbere ſtatuant, nec tamen actori petitionem alternativam permittant, cum tamen petitio Actoris & præſtatio rei ſint correlata, ita ut uno ſublato & alterum tolli neceſſe ſit, non nominat, ſed veremur de poſſeſſorum obligatione eos loqui. Illis certe, qui largiuntur, licentiam tertio Poſſeſſori competete ſolvendi pecuniam, & ſi nolit, eum debere reſtituere pignus, id imputari nequit, cum non præſumantur confundere licentiam cum neceſſitate ſolvendi. Si ad ad utrumque præſtandam alterne obligatus eſſet poſſeſſor, ſicuti in actione *L. 2. C. de R. V.* nullum eſſet dubium, quin & Actor alterne petere poſſit ac debeat, quoniam vero hic unum ſaltem eſt in obligatione, alterum in liberrima præſtandi aut non præſtandi facultate, hinc neceſſario alterna petitio ceſſat.

XXX.

Remotis rationibus, quibus opinionem ſuam quaſi ſepimento quodam obvallare voluit Author Diſputationis, ſuper eſt, ut videamus, quam acriter pugnet, vibretque tale in eos, quos ad certamen provocat. Et primo quidem loco DN. RIVINVM, quem Parentem veneror, adoritur verbis ſat aſperis ac immodeſtis, dum aſſertum ejus ex *Specimine Exceptionem Forenſium cap. 25.* prima ſpecie momentoſum ac ſubtile, reapſa autem craſſum judicat. Eumque confuſionis arguit; Sed temerarias haſce inſultationes generoſo contemtu negligit DN. RIVINVS. Saniori aliorum judicio relinquens, an rem tetigerit aeu Antagoniſta. Dixerat DN. RIVINVS l. c. *alternativum libelli petitum admitti, in hypothecaria actione, ſi contra Debitorem conjungatur cum perſonali, non etiam ſi ea contra tertium poſſeſſorem proponatur:* adjecta ratione; *quod dicta actio in ſe & ſua natura ſit pure realis.* Hanc poſitionem cum formaliter, ſecundum leges boni Diſputatoris, deſtruere & aperto Marte pugnare non au-

auderet Adversarius, elabi tentat prolixa duarum observationum professione, quæ tamen Statum controversiæ vix attingunt; Observandum ducit. I.) Plurima ratione hypothecæ speciali legis dispositioni tribuenda, utpote quæ nunc pactum hypothecæ supra naturæ vires sic attollat, ut etiam pignore non tradito Jus in re actionemque realem pariat, ansam certe ad hunc effectum producendum ignobiliorem, nisi a lege elevaretur. Nunc iterum jus hoc reale ita restringat & limitet, ut non possit non effectum post se trahere limitatum. Pignus enim esse jus reale non absolutum, sed relativum, cujus ratio formalis in respectu ad Jus personale consistat, cum autem entia relitiva debilioris sint naturæ quam absoluta; longe quoque debilius esse Jus pignoris, quam Jura realia absoluta Dominii & Servitutis, quod ne ipse quidem HAHNIUS *in Tractatu de Jure Rerum th. 19. n. 2.* diffiteretur; Actionem proinde hypothecariam ex hoc peculiari Juris realis genio profluentem, non simpliciter, sed conditionate & ex hypothesi non soluti vel oblati debiti rem, adeoque alternative vel hanc vel solutionem persequi. Inspergit huic discursui præterea Duo: Unum. Pignus nihilominus esse Juris in re speciem, Alterum. Ne illud quidem, quod actio realis præstationum personalium prorsus nescia sit, universale esse. Sed si hæc omnia in formam Syllogismi reduci debeant, quis quæso erit medius terminus ad destuendam thesin supra recitatam? Profecto nullibi negavit. DN. RIVINUS a) quædam singularia circa pignus occurrere, quæ ceteris Juris in re speciebus non sunt communia, nec b) quod pignus debilioris sit naturæ quam reliqua jura realia; Exinde tamen non convincitur, hoc singulare pignori ex Legis dispositione inesse, ut non aliter nisi alternative peti possit, neque etiam, quod ex imbecilliori pignoris natura irregularitatem actionis hypothecariæ quoad petitum colligere liceat. Sicuti vero pro defensione facit, quod pignus sit species juris in re, ita quamvis concedatur, cum ipse Impera-

perator id innuat *in* §. 20. *I: de action.* quasdam actiones reales non videri esse ignaras præstationum personalium, attamen cum Serviana & Quasi Serviana habeantur saltem pro realibus *in praced.* §.7. *I. h. t.* tribus Judiciis *in d.* §. 20. expressis annumerari nequeunt. Quam apte autem remedium. *L. 2. C. de R. V.* pro declaranda regula de actionibus realibus addicatur cuilibet, nisi talpa cœcior sit ad oculum patet.

XXXI.

Altera observatio; quod a Jure personali pignus ita dependeat, ut tanquam accessorium sine obligatione principali ne ad momentum quidem esse, vel subsistere possit, ex allegata *L. 5. pr. ff. de pignor. & hypoth.* haud probatur, cum tradat saltem, pro quibus obligationibus res pignorari possint; *Nec L. 2. ff. de pecul. Legat. & L. 19. ff. de dolo malo*, quæ regulam saltem de accessoriis exhibent, hic recte applicantur per supra deducta *th. 21.* Imo si vel maxime hæc concedantur, quod in præjudicium veritatis fieri nequit, non tamen pro medio termino haberi possent ad probandam alternationem in petito hypothecariæ: Sicuti nec hæc illatio procedit: In arbitrio Possessoris est per oblationem debiti non modo obligationem, sed etiam Jus reale intuitu illius competens dissolvere: Ergo alternative contra Possessorem petendum. Nec etiam illa Jus fecit possessori liberandi pignoris potestatem: Ergo circumscripsit jus hoc reale certis limitibus, ut sine alternatione res oppignorata peti nequeat. *In fine hujus* §. subjungit Author judicium suum: RIVINVM confundere petitionem alternativam, quæ per hypothecariam urgetur, & simplicem, quæ in actione personali contra debitorem insti-

cunque instituatur, semper æque realis, nec ad præstationem personalem tendet, quatenus est, realis sed quatenus est realis limitata, cum possessor electionem habeat ex juris dispositione, velitne pignus dimittere, an debitum solvere, rectissime hypothecariam intendans libellum alternative concipiet, cum limitata causa, limitatum producat effectum. Judicent nunc illi,

Queis meliori luto finxit præcordia Titan,

num jure imputatur hic confusio DN. RIVINO? qui nullibi negavit, solam personalem contra Debitorem institui posse, nec affirmavit eam semper cum hypothecaria concurrere: Annon potius improbanda intempestiva Adversarii subtilitas, qui actionem hypothecariam contra quemcunque instituatur, concedit semper esse æque realem, nec ad personalem præstationem tendere, quatenus est realis, quatenus autem esset realis limitata, propter electionem possessoris velitne hypotheca cedere vel debitum solvere, sine alternatione peti haud posse.

XXXII.

Deinde reprehendit Author Disputation. in specie HAHNIUM & LAUTERBACHIUM quod *ex L. 66. ff. de Evict.* colligant actorem in hanc actione posse tantum simpliciter pignus persequi, non etiam simul alternative solutionem petere. Ceterum quod HAHNIUM attinet, hic textus *in obs. ad* Wes. *Tit. de Edendo n. 4.* ne quidem ab ipso est allegatus, LAUTERBACHIUS vero argumento *h. l.* usus *in concl. Forens. Exerc. VII. th. 14. in coll. Theor. Pract. ad ff d. t. §. 21.* se clarius explicat *ad Tit. ff. de Pignor. th. 76.* quod per nudam possessionem intelligenda ea, quæ est sine proprietate. Quamvis ergo propositio exclusiva non excludat subordinata & connexa, non tamen solutio debiti videtur esse subordinatum quid, aut connexum restitutionis hypothecæ, sed potius contrarium, quod pignus penitus tollit & extinguit.

XXXIII.

XXXIII.

Taxat tertio BACHOVIVM, quod putet possessorem pignoris non contraxisse, adeoque cum non sit ex conventione obligatus, nec ratione debiti a Tertio contracti conveniri posse, ac coperose deducit, obligationes oriri non solum ex conventione & delicto, sed etiam ex variis causarum figuris, juxta *L. 1. pr. ff. de O. & A.* In specie vero de hypothecaria asserit, obligationem non ex conventione, sed ex detentione pignoris & Lege oriri, ita ut possessor non directe sed per indirectum, quatenus detinet rem obligatam, non absolute, sed ex hypothesi retinendæ rei, in qua Actori Jus pignoris constitutum, sit obligatus; Cum enim res ad illum cum suo onere & pignoris nexu transierit, æquum esse, ut si retinere rem velit, eam isto nexu liberet, debitumque in cujus securitatem obligata fuit, creditori persolvat; inde ex juris dispositione ortam alternativam possessoris obligationem ejus esse naturæ, ut utrumque peti possit, non copulative & simul, sed disjunctive & sub electione hunc in modum: peto vel restitutionem pignoris vel solutionem debiti, si pignus retinere malis, utrum tu velis. Hæc primo adspectu satis speciosa apparent. Verum si accuratius considerentur, evidenter constabit, secundum ea quæ huc usque proposita, possessorem hypothecæ non esse personaliter obligatum ad solutionem debiti ab alio contracti; nec ex detentione pignoris provenire obligationem proprie sic dictam, sive juris vinculum, quo ne-

nem extare, nondum probatum dedit Author Diſputationis. Salva proinde manet theſis Bachoviana, quam B. SVENDENDOERF. *ad Fibig. l. c.* his verbis expreſſit; *Poſſeſſor qui nihil contraxit, ex debitoris obligatione conveniri nequit.*

XXXIV.

QVarto declinare ſatagit Autor Diſputationis argumentum *ex L. 6. §. 1. ff. de Re jud.* deſumtum, quod in forma poteſt ita efferri: Ubi unum eſt in obligatione, alterum in facultate ſolvendi a lege tributa, ibi ad prius ſaltem comdemnatio dirigenda; Vel ut loquitur BARTOLVS *ad h. l.* ſi unum eſt in obligatione, aliud in ſolutione, illud ſolum petetur, quod eſt in obligatione. Atqui in hypothecaria ſola pignoris reſtitutio eſt in obligatione in ſolutione vero oblatio debiti. Ergo hæc alternative in petitionem & condemnationem venire nequit, ſed ſola pignoris reſtitutio. Reſpondet Author Diſput. (1) ex allegata lege demonſtrari non poſſe libellum alternativum in actione noxali non obtinere, vel illa conventam non eſſe alternative condemnandum, ut potius contrarium ex caſu ibi propoſita de decem aut noxæ dedere condemnato, luculenter appareat; inde Dd. communiter ſtatuere in actionibus noxalibus libellum alternativum non ſolum admitti, ſed etiam neceſſarium eſſe, quod ſine pœna plus petitionis omitti non poſſit. (2) Ibidem agi non de actione noxali, ſed de actione iudicati ex cauſa noxali; Hæc ad actionem hypothecariam, tum quia realis, tum quia inter ſervum & damni æſtimationem non talis proportio, qualis inter nexum pignoris & debitum, nec ſimilis acceſſorii ad principale habitudo nullo modo, cum a diverſis male fiat illatio, applicari poſſe. (3) Abſurdum eſſe, ſi quis dixerit, pignoris reſtitutionem eſſe in obligatione & in ſolutione ſolutionem; non enim hic agi de debito,

bito, quod lex alio modo, quam in pecunia ſolvere permiſerit. Deſideramus hic iterum formalem applicationem ad argumentum propoſitum. Ut enim taceamus, haud extra dubium eſſe, an in actione noxali alternative concludi poſſit, cum diſſentientes deprehendamus IOH. DE PLATEA *ad Rubric. de noxali action.* PANORM. *Vol. 1. conſ. 88* ANG. DE ARETIO *ad §. praterea 31. I. de Action.* Iaſ. *ad d. §. n. 67.* BARENSEM *in Tract. de formandis Libellis libell. 87. in Tract. Tom. 3. part. 2.* TVSCH. *concl. 313. n. 12. Lit.* L. SCIPIO GENTILIS *de Div. & Individ. oblig. cap. 9. p. m. 60.* PAVL. CHRISTIN. *Deciſ. Belgic. 188. vol. 2. n. 1.* aliosque; Imprimis vero nos arridet ſententia WISSENBACHII *Diſp. 21. ad Tit. ff. de noxal. action. n. 24.* ejusque Diſcipuli VLRICI HVBERI *in prælect. ad tit. Inſt. de nox. act. n. 2. & de offic. Judic. n. 5.* æſtimationem proprie eſſe in obligatione, noxæ deditionem in præſtatione, utrumque ſententiæ quidem inſerendum, ſed æſtimationem damni principaliter, noxæ deditionem per conſequentiam; Ita ut directe quidem ſecundum propriam actionis naturam reus condemnetur, ut damnum ſarciat, officio tamen Judicis ſimul contineatur, ut Reus noxæ deditione liberetur §. *1. I. de offic. Judic.* conf. GEOR. DAVID. LOCAMER. *ad pr. I. de noxal. act. lit. c.* & DN. BERGER. *in Program. Reſol. LL. obſt. annexo pag. 906. ſeq.* Daß Bekl. den von ſeinem Knechte gethanen Schaden an 10. fl. daferne er beſagten Knecht Klägern auszuantworten nicht gemeynet, denſelben zubezahlen ſchuldig. Nihilominus tamen Major propoſitio *ex d. l. 6. §. 4.* ſalva remanet; Nec quicquam in contrarium operari poteſt, quod multis modis a ſe invicem differant actio judicati ex cauſa noxali & hypothecaria, ſufficit in eo convenire, quod in utraque unum tantummodo ſit in obli-

insimulare, qui dixerit pignoris restitutionem esse in obligatione, & in solutione id est in potestate solvendi, debiti refusionem, cum id ipsum analogiæ Juris nequaquam adversetur.

XXXV.

Pergit quarto Author Disputationis, postquam sub finem TH. 18. in hæc verba eruperat: Quid opus est verbis, cum *L. 16. §. 3. ff. de* Pignor. reo hoc vel illud eligendi potestatem fecerit, ejusque maxime intersit, ne hoc legis beneficio spolietur. Quoties vero reo electio competit ejusque interest sententiam alternative pronunciari, toties libello alternativo locum relinqui testatur CARPZOV. *P. 1. C. XI. def. 7.* allegatam legem 16. pro clypeo, ad excipiendos adversæ partis ictus firmissimo venditare, tentatqne refutare BACHOVIUM qui dixit fieri ex accidenti, quod ob solutionem debiti absolvatur Possessor, cum & alio solvente extinguatur pignoris obligatio. Ast non reprehendendus ob id BACHOVIUS; cum solutio a quocunque demum fiat destruat hypothecariam, ac proinde illam ad naturam atque essentiam ejus pertinere, vix ac ne vix quidem dici potest. Accedit quod regula: Quoties reo competit electio, toties sub periculo plus petionis oportet conclusionem libelli esse alternativam, vera saltem sit, si eligendi facultatem habeat Reus circa duo, quorum utrumque est in obligatione disjunctive, BVTRIO *ad cap. 9. X. de Elect. n. 4.* PANORMITAN. *ad cap. 3. X. de Emt. & Vendit. n. 10.* si autem ad unum tantum est obligatus, alterum vero potest, si velit, præstare, tunc potius plus petere Actorem, qui id in Libello ponit, ad quod reus non est obstrictus ZABARELL. *ad cap. cum dilect. 3. X. de Emt. & Vend. §. secundo oppono. de* SPINELIS *ad d. §. Item Serviana J. de Action.* Solutionem autem pecuniæ non esse in obligatione, sed tantum in facultate, supra est ostensum, atque communiter ab illis

illis quoque conceditur, qui in hypothecaria alternativam conclusionem admittunt vid. BALDUS *Vol. 1. Cons. 25.* BUTRIO, IMMOLENSIS, PANORMITANUS *ad cap. 5. X. de pignor. n. 4.* De cetero impertinenter adductum testimonium CARPZOVII, ut pote qui d. l. cum THOM. GRAMMATICO *Decis. Neapol. 68. n. 2. & BERLICHIO Part. 1. Concl. 28. n. 37.* agit de mutatione Libelli alternativi, quod pure concipi nequeat post litis contestationem, per quam reo jus quæsitum, ut litem cœptam prosequi teneatur actor.

XXXVI.

Tandem Autor Disputat. BACHOVIUM pro fundatore sententiæ singularis, quam huc usque impugnavit, habet, eique ipsum BACHOVIUM opponit, ratus se invenisse, non quod pueri in faba, ceterum sicuti resolutio quæstionis propositæ affirmativa, vix ac ne vix quidem Privilegium antiquitatis ex pervetusta Judiciorum observantia & communi Dd. calculo prætendere potest, ut putat Author. disput. *th. 4.* siquidem ex Ciceronis *Epistola ad familiar. 56. Lib. 13.* ubi scribit: *Philodes Alabandensis hypothecas Clusio dedit; hæ commissæ sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque Procuratoribus Clusii tradat, aut pecuniam solvat:* haud dicitur, ipsius quemlibet possessorem pignoris instituta actione hypothecaria, ut aut hypotheca cederet, aut debitum solveret, adigi potuisse: Loquitur enim de ipso debitore quod & observavit BRISSONIUS *de formul. & solen. Pop. Rom. verb. lib. 5. pag. 442. edit. Francof.* de quo nullum est dubium quin ab eo solutio debiti aut hypothecæ cessio per actionem personalem & hypothecariam, sive instituentur cumulative sive elective, procurari potuerint. Nec evincunt *L. 12. §. 1. ff. quib.*

tem ac regulam Juris, quam insuper habito stricto jure inclinare ad benignitatem NIC. HENELIUS *de Vet. JCtis cap. 29. n. 4.* Hic vero ipse causas in auditorio publico actitaverit, *L. 1. §. ult. in fin. ff. ne de stat. defunct.* alternativum libellum in hypothecaria approbasse. Neque etiam *ex L. 2. C. si un. ex plurib.* Sub Imp. Dioclet. & Maximiano in confinio seculi tertii & quarti Libellum alternativum in actione Hypothecaria usitatum fuisse manifestum est; Ita ἀνιστορισία committitur, si fundatio sententiæ negativæ adscribitur BACHOVIO, quam ut alia taceamus, sub initio seculi decimi tertii in ROFFREDO BENEV. & subsequentibus temporibus in GUIDONE, ODOFREDO, SPECULATORE, BALDO, de SPINELIS aliisque deprehendimus, sua tamen laude non de fraudandus BACHOVIUS, qui in refutando TREUTLERO, existimanti ita agendum esse, ut res restituatur, vel pecunia solvatur, ea congessit argumenta ab aliis jam olim adducta, quibus Pragmaticorum vulgus, qui ex ignoratione Juris ait, aut cedat, aut solvat, ANTON. MORNAC. *ad l. 17. & 41. ff. de pignor.* erudiri potest, secundum artem juris in hypothecaria alternative non esse concludendum. In Tractatu autem *de Action. D. 3. th. 32.* respexit officium Judicis, qui, cum utile per inutile non vitietur, ex æquitate, post habito Juris rigore admittere debeat libellum alternative concludentem; Quæ duo inter se haud pugnant, sed sunt compatibilia.

F I N I S.

